

Aldo De Matteis

Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia

Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

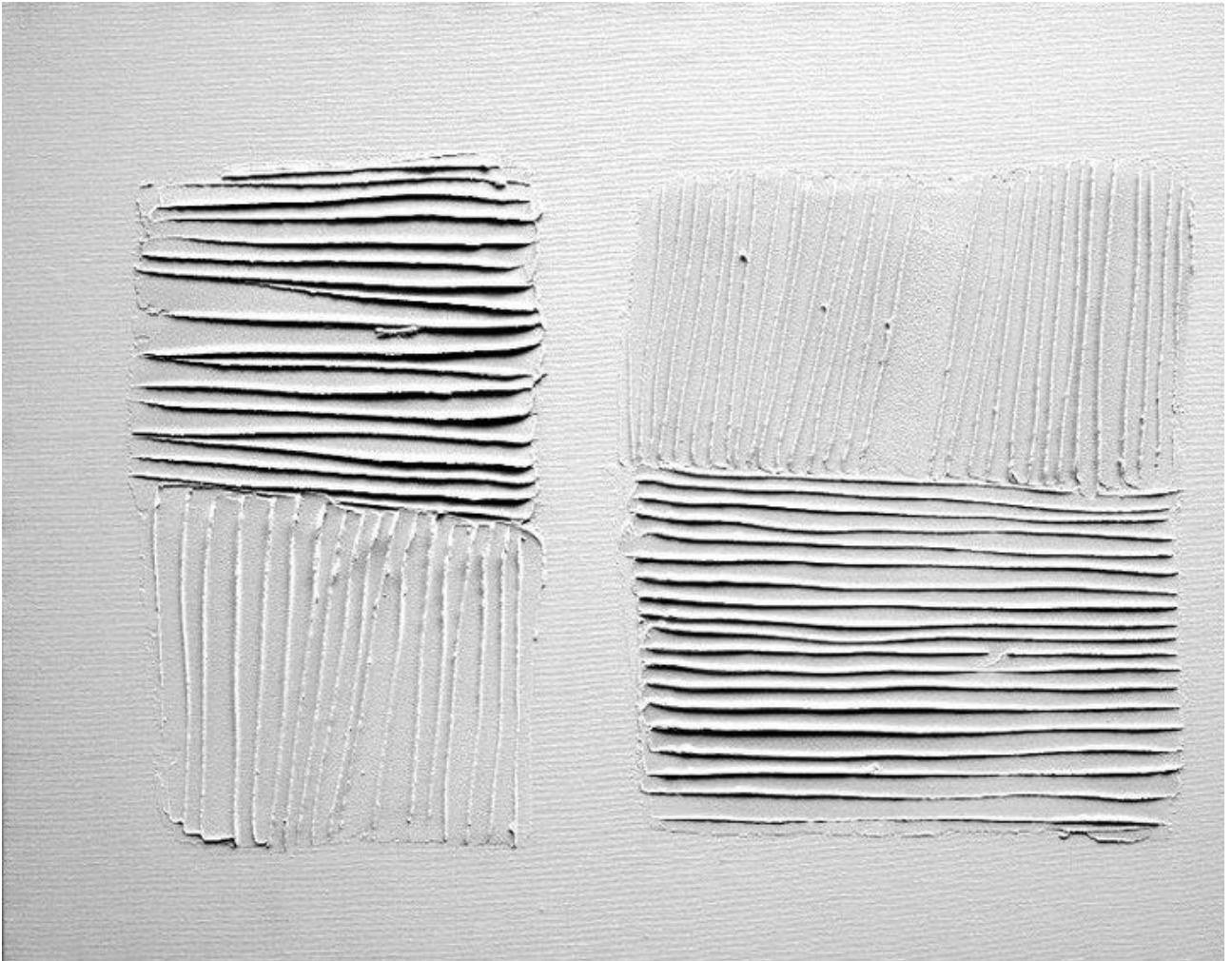
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Vibrazione*, 2004 (Ciclo Frantumazioni)

Aldo De Matteis

Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia

* aggiornato al 7 marzo 2021

Sommario: 1. Premessa: il caso Genova. - 2. La risposta dell'Inail. - 3. Come fu che un rischio pandemico divenne rischio lavorativo. - 4. Il rischio elettivo nell'attività produttiva. - 5. Il rischio elettivo negli infortuni *in itinere*. - 6. Il rischio elettivo nelle infezioni pandemiche. - 7. Conclusioni: gli infermieri vaccinati non si infettano.

1. Premessa: il caso Genova.

L'ospedale policlinico San Martino di Genova si è ritrovato con diversi infermieri, circa 15, che hanno rifiutato di sottoporsi al vaccino anti-covid predisposto per essi.

Con unica missiva, la direzione dell'ospedale ha chiesto lumi e direttive al dipartimento salute servizi sociali della regione Liguria, nonché alla sede Inail territoriale, chiedendo se e quali provvedimenti debbano essere adottati nei confronti di quei lavoratori che non abbiano aderito al piano vaccinale anti-covid. Nella missiva si fa notare che da una parte non vi è un obbligo di legge per l'obbligatorietà di tale profilassi anti-covid, dall'altra che vi sono molteplici profili che riguardano la responsabilità del datore di lavoro e dello stesso personale infermieristico, di carattere civilistico, deontologico o altro.

Non sappiamo se e come la Regione abbia risposto.

Ha risposto l'Inail. La sede territoriale ha investito la sede centrale dell'Istituto, da una parte limitando il quesito agli aspetti assicurativi propri della tutela Inail, dall'altra estendendolo ad ulteriori categorie professionali, quali la pubblica sicurezza, trasporti, scuola, etc.

2. La risposta dell'Inail.

L'Inail, in persona della Direzione centrale rapporto assicurativo, premesso che la sua azione è soggetta solo alla legge, e che la colpa del lavoratore nella causazione dell'infortunio non esclude la tutela, si sofferma sulla nozione di rischio elettivo per verificare se questo possa ricorrere nel rifiuto di vaccinarsi; riportati i requisiti indicati da alcune sentenze di legittimità, perviene alla conclusione che il comportamento degli infermieri che rifiutano il vaccino non può costituire rischio elettivo, per mancanza del carattere della arbitrarietà; pertanto infermieri vaccinati e non vaccinati pari sono ed hanno diritto entrambi alla tutela assicurativa, se infettati in occasione di lavoro.

Il percorso argomentativo e le conclusioni dell'Inail meritano qualche riflessione.

3. Come fu che un rischio pandemico divenne rischio lavorativo.

Il covid 19 costituisce una infezione pandemica, e cioè un rischio generico di tutta la popolazione, come tale sottratto alla tutela infortunistica. Questa è la *summa divisio* dell'art. 2 t.u. 1165: la malaria è esclusa dalla tutela in quanto rischio generico, mentre la infezione carbonchiosa è inclusa perché tipica di determinati ambienti lavorativi.

La chiave di volta per l'inclusione delle malattie infettive nella occasione di lavoro è dunque la nozione di rischio generico aggravato da un fattore attinente al lavoro. E questa nozione è alla base della scala presuntiva di rischio covid elaborata dall'Inail con la circolare 13/2020 di cui appresso.

4. Il rischio elettivo nell'attività produttiva.

L'art. 65 t.u. 1124/1965 esclude il diritto a qualsiasi prestazione nel caso che l'infortunato abbia simulato l'infortunio o abbia dolosamente aggravato le sue conseguenze. La norma si riferisce ovviamente al sistema di tutela esistente al tempo, limitato ai soli infortuni nell'atto lavorativo, e rispecchia la tipologia elusiva praticata allora, tributaria degli atti di automutilazione del periodo bellico.

Questo è il dato della legge. Pertanto la colpa del lavoratore, anche grave, nella causazione dell'infortunio non esclude il diritto alle prestazioni.

Ma sappiamo che la legge, invocata dall'Inail, è solo lo scheletro, immanente nel dato testuale, ma che si evolve nel tempo come sistema normativo. Per dirla con Paolo Grossi, costituisce una imprescindibile opzione metodologica recuperare la dimensione storica e sociale del diritto, perché mai lo Stato o le sue

leggi sarebbero capaci di esprimere tutta la complessità e la ricchezza della società¹. E c'è sempre la nostra Antigone², la Carta costituzionale, che veglia, ispira e orienta la interpretazione delle leggi, con i suoi doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2) e di tutela dell'interesse collettivo alla salute (art. 32). Si possono ricordare anche alcuni principi cardine elaborati dalla Corte di legittimità, come il rispetto del minimo etico, costituito nel nostro caso, appunto, dal valore costituzionale della salute collettiva³, da cui deriva che il diritto del singolo non può essere esercitato in modo da ledere la salute degli altri.

Il sistema di tutela infortunistica costituisce un esempio mirabile di creazione circolare del diritto, con il concorso di molteplici fattori, sociali e istituzionali: il foro e la dottrina, nel loro ruolo a monte di impulso ed ispirazione della giurisprudenza, ed in quello a valle di interpretazione ed applicazione; la giurisprudenza, che, in tale contesto, ha offerto strumenti concettuali potenti in snodi fondamentali del sistema: il principio di parità di tutela a parità di rischio; il rischio zero nelle macchine elettriche, che ha fatto esplodere l'area delle attività protette, in quanto nessuna attività oggi si svolge senza l'ausilio di un computer; il valore esemplificativo di norme prima ritenute tassative, con il conseguente ampliamento della platea delle persone tutelate⁴; il movimento corporeo e l'infezione di agenti biologici come causa violenta; l'esigenza di trovare una soluzione attuativa dell'art. 38 "senza condizioni" "nel sistema nel suo complesso", come si esprime Cass. 1048/2018 sul nuovo infortunio successivo al consolidamento dei postumi. E in questo processo di definizione del sistema di tutela l'Inail, lungi dall'essere mero esecutore di formule testuali, è stato un attore di primo piano, con numerosi strumenti, di cui possiamo ricordare solo alcuni: le circolari e istruzioni operative con cui, in pronto recepimento dei *dictamina* delle Alte Corti, ha esteso a casi analoghi i principi da esse enunciati nella fattispecie sottoposta a giudizio; è il caso, ad es., degli animatori turistici, cui ha esteso il nuovo concetto di causa violenta, inclusiva del movimento corporeo, enucleato dalla Corte costituzionale a proposito dei ballerini e tescicorei; le circolari con cui ha integrato e dettagliato precetti di legge generici⁵; i diversi suggerimenti interpretativi in tema di infortunio

¹ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, n. 32, p. 25 segg., cit. da PASCUCCI, citato *infra*.

² CARTABIA M, VIOLANTE L. *Giustizia e mito*, Bologna 2018.

³ Ci si riferisce alla vicenda dei codici disciplinari previsti dall'art. 7 dello statuto per delimitare il potere disciplinare del datore di lavoro; la Corte ha superato le strettoie dei codici disciplinari (come potrebbe avvenire per i protocolli, alla luce del 2087, per i ritrovati scientifici successivi) elaborando la nozione suddetta per dichiarare la legittimità dei provvedimenti espulsivi motivati con comportamenti non previsti da detti codici, ma contrari al minimo etico o norme penali (da ultimo Cass. 7 novembre 2019 n. 28741, Cass. 17 luglio 2018 n. 19013, Cass. 24 maggio 2018 n. 12994, che ha dichiarato la legittimità del licenziamento disciplinare di un conducente di autobus per uso extra lavorativo di stupefacenti, nonostante che questa condotta non fosse prevista come causa di esonero dal regio decreto 148/1931 sui servizi di trasporto in concessione).

⁴ E' il caso dell'art. 4, comma 3, t.u. 1124, sui commessi viaggiatori e piazzisti, cui Corte cost.. 9 giugno 1977 n. 114 ha attribuito valore esemplificativo, così estendendo in via interpretativa la copertura assicurativa a tutti coloro che conducono un veicolo a motore per ragioni professionali.

⁵ Ad es. l'art. 12 d.lgs. 38/2000, il quale esclude dalla tutela dell'infortunio in itinere i casi di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, spiegando che la interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a causa di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed

in itinere, in punto di deviazioni, interruzioni, bicicletta come mezzo necessitato, luogo di inizio ed estensione della nozione di iter; oppure per gli insegnanti ed alunni, estendendo la nozione di esercitazioni pratiche alle esercitazioni ginnastiche, attività agonistiche e sportive, attività ludico motorie nelle scuole materne, insegnamento con ausili didattici elettronici, insegnanti di sostegno, accompagnatori in gita scolastica, e simili⁶; l'inclusione tra le persone tutelate di nuove categorie professionali, attraverso l'azione di pretese contributive per situazioni in bilico, poi avallate dalla giurisprudenza; la scelta di non impugnare sentenze di merito sfavorevoli, così contribuendo ad ampliare il raggio d'azione nel caso singolo, ma altresì creando il precedente della *res iudicata*⁷; la stessa azione amministrativa, che costituisce la prima linea di intervento dello Stato sociale, e con le sue prassi contribuisce anche esso a creare il diritto vivente⁸. Ultimo esempio: la circolare 13/2020 e gli atti con essa coerenti, con cui ha dettato una disciplina compiuta dell'occasione di lavoro nella infezione pandemica in corso, attraverso una scala presuntiva di rischio categoriale, disciplina originale e più ampia di quella dei Paesi circostanti⁹; circolare che ha costituito l'unica fonte regolatrice del rischio di contagio nei vari ambienti lavorativi.

L'Inail è quindi dotato dei poteri e della capacità di interpretazione e di indirizzo. Peraltro la legge gli ha affidato compiti generali di contrasto alla infezione pandemica, al di là delle storiche competenze in favore degli assicurati, quale soggetto attuatore degli interventi di protezione civile¹⁰. Per questo l'ospedale genovese, non sapendo a che santo votarsi, si è rivolto supplice a tale Istituto, nel vuoto di direttive e di responsabilità.

improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'Inail, con circ. 18 dicembre 2014, n. 62, espressamente ispirandosi alle normative europee (ricordate in DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano 2020, 153), al principio di interpretazione comunitaria (ivi, 18) alla giurisprudenza di legittimità sulla rilevanza delle esigenze familiari (Cass. 3273/1982), ha esteso la tutela dell'infortunio *in itinere* alle deviazioni necessarie per accompagnare il proprio figlio a scuola, tenendo conto delle modalità e delle circostanze del singolo caso (età del figlio, lunghezza della deviazione, tempo della sosta, mancanza di soluzioni alternative per assolvere l'obbligo familiare di assistenza al figlio).

⁶ Notiziario Inail 20.6.1985 n. 32; circ. 23.4.2003 n. 28.

⁷ Ci si riferisce in particolare al caso dei sette marinai italiani uccisi nel sonno in un porto algerino, per odio politico, fuori dal turno di lavoro, ma a bordo del mercantile che costituiva il loro luogo di lavoro, con la pretesa di rendita ai superstiti contrastata dall'Inail in sede amministrativa ed in primo grado, per la nozione a quel tempo non ancora matura di rischio ambientale ed attività connesse.

⁸ Non possiamo tacere il caso, fortemente emblematico del *focus* dell'Inail sugli obiettivi istituzionali, della infermiera, tenuta al turno di reperibilità, che, svegliata nel cuore della notte per una urgenza, nello scendere tutta assonnata le scale condominiali, inciampa in una bottiglia di birra lasciata da ignoti, cade per terra, sbatte la testa e muore. Il caso è stato ammesso a tutela in sede amministrativa, su *input* dell'Avvocatura generale dell'Istituto, benché avvenuto all'interno del condominio che, secondo la giurisprudenza, sarebbe precedente all'inizio dell'iter, in quanto rientrante nei poteri di controllo di sicurezza dell'interessato.

⁹ DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro, le specialità della tutela italiana*, in RDSS, 2020, 3, 643.

¹⁰ art. 10 d.l. 18/2020 conv. in legge 27/2020.

Silenzio che la dottrina ha cercato di colmare, con innumerevoli contributi di analisi e proposte ricostruttive, ovviamente differenziate ¹¹. Molti Autori ritengono che sussista una contraddizione frontale tra l'obbligo di vaccinazione, che presuppone, ai sensi dell'art. 32, comma 2, della Costituzione una espressa disposizione di legge, che nella specie manca, e l'obbligo di sicurezza che grava sul datore di lavoro ex art. 2087 c.c. ed il correlato obbligo del lavoratore, stabilito dall'art. 20 del d.lgs. 81/ 2008 di collaborare con il datore per la riduzione del rischio ¹², contrasto irrisolvibile dall'interprete senza l'intervento di una legge attuativa dell'art. 32. Altri ritengono che al giurista non è consentito dire *non liquet*, e che la sua deontologia gli impone di ricercare, tra gli attrezzi normativi disponibili, la chiave ricostruttiva del sistema, in coerenza e in concorso, grazie alla professionalità di ciascuno, con l'immane sforzo del popolo italiano per frenare il flagello pandemico, che già troppe vittime ha provocato e continua a provocarne ¹³.

Nell'ambito del processo circolare di creazione del diritto sopra cennato, la dottrina propose una nozione di rischio elettivo, non contemplato da alcuna disposizione di legge, accolta dalla giurisprudenza, non monolitico, come sembra ritenere l'Inail, ma differenziato a seconda del grado di connessione con l'attività lavorativa vera e propria.

Con riferimento al contesto lavorativo, una giurisprudenza consolidata, come ricordato dall'Inail, richiede la ricorrenza di tre elementi: *a*) vi deve essere non solo un atto volontario, ma altresì arbitrario, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive; *b*) diretto a soddisfare impulsi meramente personali (il che esclude le iniziative, pur incongrue, motivate da finalità produttive); *c*) che affronti un rischio diverso da quello cui sarebbe assoggettato, sicché l'evento non abbia alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa ¹⁴.

¹¹ molte pubblicate sulla rivista *Labor*, nella rubrica del sito online dedicato al *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*; notevole anche il contributo diffusivo de *Le conversazioni del Convento di san Cerbone*, a cura di V.A.POSO, cui si rinvia; vedi anche la rassegna delle varie posizioni in P.IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, anticipato dalle *Conversazioni di San Cerbone*, di prossima pubblicazione su LPO come e-book *Vaccinazione e rapporto di lavoro*..

¹² In questi termini ALBI P., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Rivista Labor*, 2 febbraio 2021.

¹³ Fra i primi a ritenere che sia possibile enucleare un onere di vaccinazione nell'ambito dei rapporti contrattuali, indipendente dal precetto dell'articolo 32: ICHINO P., *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1/2021; GUARINIELLO R., *Covid- 19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in www.ipsosa.it 28.12.2020. Nella stessa direzione, con argomenti diversi, che ruotano intorno ai doveri di solidarietà sanciti dalla Costituzione, RIVERSO R., *L'obbligo di vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia*, 18/1/2021; POSO V.A., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor* on-line, 27.1.2021; DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, *ivi*; DE MATTEIS, *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-covid*, anch'esso in *Dibattito istantaneo*.

¹⁴ *ex plurimis*: Cass. ord. 19 marzo 2019 n. 7649, in *Foro it.* 2019, I, 2386, con nota di M. FERRARI; Cass. 18 giugno 2018 n. 16026; Cass. 13 gennaio 2017 n. 798;; Cass. 18 maggio 2009 n. 11417, in *Foro it.* 2009, I, 2058; Cass. 4 luglio 2007 n. 15047, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2007, II, 67; Cass. 18 settembre 2000 n. 12325, che ha ritenuto costituire rischio elettivo l'atto del titolare di un'impresa artigiana che aveva bruciato residui di produzione o rifiuti di cantiere utilizzando liquido infiammabile, da cui erano derivate ustioni e poi la morte; in dottrina: MIRALDI, *Gli infortuni sul*

Ma l'elemento della arbitrarietà, su cui si focalizza l'Inail per affermare che il rifiuto di vaccinazione non può essere così qualificato, risulta ridimensionato attraverso l'analisi delle fattispecie nelle quali è enunciato, ed inteso piuttosto come comportamento inappropriato, contrario alle elementari regole di prudenza. Come risulta anche dalla massimazione riportata, essa è configurata come devianza dalla normale sequenza del processo produttivo. Al di fuori di questa fattispecie, anche un atto semplicemente volontario, come lo stato di ubriachezza, può recidere il nesso con il lavoro ed escludere perciò la tutela¹⁵ e, in quanto diretto a soddisfare impulsi personali, costituire rischio elettivo.

5. Il rischio elettivo negli infortuni *in itinere*.

L'art. 2, comma 3, ultima parte, t.u. 1124, aggiunto dall'art. 12 d.lgs. 38/2000, nell'estendere la tutela infortunistica anche agli infortuni *in itinere*, esclude dalla tutela gli infortuni cagionati direttamente dall'abuso di alcoolici, di psicofarmaci, o dall'uso non terapeutico di stupefacenti e allucinogeni; nonché in caso di guida senza patente¹⁶.

Quindi è già nella legge una diversa e più rigorosa valutazione dell'elemento soggettivo negli infortuni *in itinere*, che ha consentito alla dottrina¹⁷, seguita dalla giurisprudenza¹⁸ di dedurre che il rischio elettivo nell'infortunio *in itinere* ha connotati diversi rispetto all'attività lavorativa diretta, in quanto comprende comportamenti del lavoratore infortunato di per sé non arbitrari, secondo la precedente classificazione ed il comune sentire, ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza. Legge che peraltro conferma il diritto pretorio, come spiegato a nota 16, e quindi la differenziata nozione di rischio elettivo sopra esposta.

E tale valutazione del legislatore è giustificata perché da una parte questa tutela rappresenta una estensione della protezione dello stato sociale, in un certo senso generosa, almeno in una prospettiva

lavoro e le malattie professionali, Padova 1979, 172; ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, 1994, 370; DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020, 130.

¹⁵ Cass. 8 luglio 2015 n. 14251, in *Riv.inf.mal.prof.*, 2015, II, 57.

¹⁶ È utile qualche cenno storico. In veste di dottrina proponemmo nel lontano 1996 (DE MATTEIS *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Torino 1996, 105 e 121) la tesi che la destinazione lavorativa costituisce di per sé quel *quid pluris* di cui la giurisprudenza andava in cerca al fine di ritenere il rischio generico della circolazione stradale aggravato da un qualcosa attinente al lavoro; proposta accolta dalla giurisprudenza a partire da Cass. 19 gennaio 1998 n. 455, in *Foro it.* I, 781, da allora divenuto *jus receptum*; e infine dal legislatore che con la legge 17 maggio 1999, n. 144, ha delegato il Governo (art. 55 lett. *n*) a dettare una specifica normativa per la tutela dell'infortunio *in itinere*, ponendogli come criterio direttivo il recepimento dei principi giurisprudenziali consolidati in materia, e così confermando la legittimità di questo processo formativo del diritto per il passato e per il futuro; il legislatore delegato, nell'attuare la delega con l'art. 12 del d.lgs 38/2000, ha aggiunto un terzo comma all'art. 2 ed all'art. 210 del t.u. 1124, sottolineando con tale scelta, sistematicamente appropriata, che l'infortunio *in itinere* costituisce un aspetto della nozione di occasione di lavoro, dalla quale era partita la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

¹⁷ DE MATTEIS, in DE MATTEIS-GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, 273.

¹⁸ a partire da Cass. 6 agosto 2003, n. 11885, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2004, II, 71.

storica, e comunque ampliativa, rispetto alla originaria tutela degli infortuni nell'atto lavorativo; dall'altra, si tratta di fattori di rischio estranei al processo produttivo ed ai poteri di controllo del datore di lavoro, e pertanto è giusto disporre che un infortunio del genere non incida sul tasso specifico aziendale, ai fini della determinazione del premio a carico del datore di lavoro.

Dalla casistica giurisprudenziale risulta che il rischio elettivo è stato ritenuto sussistente sia in fattispecie di violazione di norme della circolazione statale, sia di violazione di canoni di comune prudenza, sia in atti assolutamente leciti, ma che condizionano il diritto alle prestazioni previdenziali. E questa ultima tipologia, che richiama la possibilità di responsabilità per atti leciti, va sottolineata, ai fini degli sviluppi ulteriori.

Esempi della prima specie sono un incidente stradale provocato dall'assicurato con una manovra di sorpasso su un tratto di strada che tale condotta vietava¹⁹; o in caso di guida di trattore agricolo senza patente²⁰; o per avere impegnato consapevolmente con il motorino una zona interdetta al traffico privato (banchina portuale), venendo ivi a collisione con un automobilista, egualmente in divieto²¹; o per consapevole inosservanza del segnale di stop²².

Esempi di rischio elettivo per inosservanza della comune prudenza: lavoratori infortunati nell'attraversare i binari, anziché utilizzare il sottopassaggio ferroviario²³.

Esempi di attività assolutamente lecite, ma che comportano l'esclusione della tutela per rischio elettivo: l'uso non necessitato di mezzo proprio²⁴, o la deviazione non necessitata dal percorso casa-lavoro.

Pertanto l'Inail, quando motiva la propria decisione con l'assenza di un comportamento arbitrario, non rispecchia lo spettro attuale della nozione di rischio elettivo.

6. Il rischio elettivo nelle infezioni pandemiche.

Il legislatore, con l'art. 42 legge 27/2020, ha escluso l'incidenza sul tasso specifico aziendale degli infortuni da covid-19. Si tratta di una disposizione identica a quella già vista per gli infortuni in *itinere*, che presuppone valutazioni analoghe in tema di responsabilità²⁵. Il rischio covid infatti non è generato

¹⁹ Cass. 18 febbraio 2015 n. 3292.

²⁰ Cass. 18 marzo 2004, n. 5525, in *Dir. giur. agr. e dell'ambiente* 2005, II, 32, con nota di FONTANA, *Infortunio in itinere, rischio elettivo e colpa dell'infortunato*.

²¹ Cass. 11885/2003 cit.

²² Cons. Stato sez. VI, 20 marzo 2007 n. 1309, in *Danno e resp.* 2007, 11, 1111, con nota di CORSALNI, *Infortunio da mancato rispetto dello stop: colpa o rischio elettivo?*

²³ Cass. 3 agosto 2005, n. 16282 e Cass. 10 settembre 2009, n. 19496.

²⁴ Cass. 18 marzo 2013 n. 6725 (in *Lavoro nella giur.*, 213, 5, 523 con nota di LUDOVICO, *Utilizzo del mezzo privato e rischio elettivo nell'infortunio in itinere*).

²⁵ SANDULLI P., PANDOLFO A. FAIOLI M., *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortuni sul lavoro*, in *RDSS*, 2020, 3, 631.

dall'apparato produttivo, ma è un rischio pandemico che proviene dall'esterno, ed è subito dal datore di lavoro. Ciò non toglie che, divenuto un rischio ambientale, il datore di lavoro sia obbligato ad adottare tutte le misure di prevenzione di cui al t.u. sicurezza 81/2008 e quelle che la scienza e la tecnica del tempo suggeriscono, a norma dell'art. 2087 codice civile. Quando il vaccino era ancora di là da venire, queste misure si esaurivano in quelle catalogate nei protocolli condivisi di cui all'art. 29 bis legge 5 giugno 2020 n. 40, inserita in sede di conversione del d.l. 8 aprile 2020 n. 23. Sopravvenuto il vaccino, si è posto il problema del suo ruolo nel rapporto di lavoro ed in quello assicurativo. Vi è correlazione tra i due temi, perché gli obblighi di prevenzione sono finalizzati ad evitare gli infortuni. Nell'accesso e ricco dibattito sul punto, la proposta più aderente alla trama normativa del testo unico sicurezza ci sembra quella che individua nell'art. 15 del testo unico 81 la chiave di volta per comporre l'intero edificio ricostruttivo²⁶. La norma obbliga il datore di lavoro non solo a ridurre il rischio di contagio, come potrebbero essere le misure dei protocolli, ma ad eliminare radicalmente il rischio. E poiché il rischio risiede nel virus, che non vive di vita autonoma, ma alberga e si moltiplica nelle persone, eliminare il rischio significa eliminare la persona e cioè allontanare il lavoratore²⁷. La dottrina citata propone la sequenza: obbligo di eliminare il rischio, comparsa del vaccino, obbligo di nuova valutazione dei rischi, alla luce del vaccino sopravvenuto, a norma dell'art. 29, comma 3, d.lgs 81 (è significativo che la norma citata impone la rivalutazione dei rischi in caso di modifiche del processo produttivo, a riprova sia del modello sul quale è costruito il sistema di prevenzione e di tutela infortunistica, sia della necessità di seguire l'insegnamento di Paolo Grossi), incarico al medico competente di valutare l'idoneità del lavoratore, con giudizio ricorribile a norma dell'art. 41, comma 9, d.lgs. 81, provvedimenti di competenza del datore di lavoro, sulla base del giudizio di idoneità o meno del medico competente. Due osservazioni: in un contesto ricostruttivo istituzionale, si deve fare riferimento alle fonti istituzionali e non a possibili dubbi e incertezze veicolati dai media. E le fonti deputate (EMA, AIFA) attestano che i vaccini anti-covid approvati sono un rimedio sicuro, efficace e risolutivo. Oltre a ciò, vi è l'esperienza storica e l'osservazione dei fenomeni attuali. E' con la scoperta dei vaccini che l'umanità ha potuto debellare piaghe ancestrali, falciatrici di innumerevoli vite; d'altra parte, ai nostri giorni, Paesi in cima alle classifiche dei morti per la loro scellerata politica iniziale di sottovalutazione e addirittura derisione del rischio pandemico, hanno ribaltato la situazione e sono ora additati ad esempio per avere drasticamente ridotto la diffusione pandemica ed il numero di morti con la massiccia campagna di vaccinazioni. Certo, c'è sempre il rischio di complicanze in un numero marginale di casi, anche nei casi di vaccino obbligatorio, come attestato anche dalla legge 210/1992. La

²⁶ PASCUCCI P., DELOGU A, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in DSL, 2021, 81.

²⁷ Risulta premonitrice la fondamentale sentenza delle Sezioni unite del 1994 (14 aprile 1994 n.3476, in *Riv.inf.mal.prof.*1994, II, 83), che, nel definire la nozione di rischio ambientale, pose in risalto che questo può provenire non solo dalle macchine, ma anche dalle persone presenti sul teatro lavorativo.

possibilità di complicità non ha impedito alla Corte costituzionale di convalidare la legittimità dei vaccini obbligatori, ed in ogni caso il conflitto tra diritto individuale all'obiezione ed interesse collettivo della salute deve essere risolto con il test di proporzionalità a base del bilanciamento di tutti gli interessi presidiati dalle norme costituzionali, come ricordato tante volte dalla nostra Corte costituzionale e dalle fonti sovranazionali.

La seconda osservazione è che, essendo il rischio pandemico ambientale e diffusivo, l'inidoneità non è alla mansione, ma all'ambiente in cui il virus circola. E' per questa ragione che insieme ai sanitari sono stati vaccinati per primi anche gli impiegati amministrativi operanti negli ospedali. Nel delimitare i confini dell'ambiente cui il non vaccinato è inidoneo, si deve fare necessariamente riferimento alla scala presuntiva di rischio disegnata nella circolare 13/2020, unica fonte in materia, peraltro assolutamente condivisibile, che lascia poco spazio a ricollocamenti.

A questo punto bisogna fare i conti con il pensiero diffuso, recepito dall'Inail, che la libertà di non vaccinarsi significa libertà da qualsiasi altro obbligo nei confronti dei terzi, una sorta di patente di irresponsabilità. Abbiamo già visto, a proposito dell' infortunio in *itinere*, che può sussistere una responsabilità anche per fatto lecito. Ma più eloquente ed autorevole di noi è la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Poiché tutto il discorso ruota intorno all'art. 32 della costituzione, e lo stesso Inail accenna agli effetti civilistici della mancata vaccinazione volontaria, occorre vedere quali principi la Corte ha enunciato al riguardo. Essi sono:

-il precetto dell'art. 32 non si esaurisce nella tutela di posizioni attive pretensive, ma postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche *nel suo contenuto di libertà di cura*) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività²⁸, e quindi implica il *dovere* dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui e gli interessi essenziali della comunità;

-da questo temperamento dei diritti alla salute di ciascun individuo deriva la legittimità di un *onere* a carico del lavoratore di accertamenti sanitari preventivi per poter svolgere determinate attività, che il legislatore deve imporre, nella forma o dell'obbligo o della raccomandazione²⁹.

²⁸ da ultimo ord. 5/2018, riepilogativa della giurisprudenza della Corte in tema di vaccinazioni.

²⁹ Esplicita al riguardo la sent. 218/1994, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n.135 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS, che non prevedeva l'obbligatorietà del vaccino), per contrasto con l'art. 32 Cost., nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportino rischi per la salute dei terzi. La pronuncia è di estremo interesse, perché fa discendere la legittimità dell'imposizione di accertamenti sanitari non da una norma esistente di diritto positivo, ma dalla necessità sistematica della sua esistenza, derivante dall'art. 32 Cost. La Corte ha così risolto, nel senso auspicato dal giudice remittente, il caso di una infermiera che si opponeva al provvedimento di sospensione per essersi rifiutata di sottoporsi ad accertamenti anti infezione HIV. Per la valorizzazione della categoria dell'onere per risolvere il conflitto tra diritto individuale ed interesse della collettività nell'art. 32 vedi C.CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor*, n. 6/2020, 27.1.2021.

Da quanto precede risulta che l'art. 32 copre con il suo mantello anche il diritto alla salute propria, e di tutti coloro, parti contrattuali, dipendenti, terzi, della cui salute un soggetto sia responsabile, e che l'esercizio di un diritto assoluto non può avvenire a danno degli altri. Costituisce dunque attuazione dell'art. 32 anche l'art. 2087 cod.civ.

La giurisprudenza costituzionale ha valorizzato quindi la raccomandazione, i cui effetti ha parificato a quelli dell'obbligo esplicito. Come spiegato in numerose sentenze ³⁰, l'obbligatorietà e la raccomandazione, pur costituendo due tecniche legislative diverse, obbediscono a un medesimo obiettivo, la migliore realizzazione dell'art. 32 Cost. nella sua valenza di tutela della salute come interesse collettivo; non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione; la vaccinazione in adempimento di ciascuna delle due modalità realizza il *dovere di solidarietà* implicito nell'art. 32 ed impone allo Stato la medesima tutela in caso di complicità ³¹. È vero, com'è stato obiettato, che la Corte costituzionale ha effettuato tale equiparazione tra vaccino obbligatorio e vaccino raccomandato al fine di affermare la responsabilità risarcitoria dello Stato in entrambi i casi, ma questa equiparazione presuppone un'identità di funzione, di efficacia, di sollecitazione ad effettuare la vaccinazione, e di affidamento. Possiamo dire che la scelta tra obbligo e raccomandazione costituisca una scelta opportunistica, in relazione alla ritenuta maggior capacità persuasiva nel mezzo, in relazione alla psicologia collettiva del momento, la risposta dei cittadini, la disponibilità dei vaccini, la opportunità politica.

A noi sembra, sulla base di tale giurisprudenza costituzionale, che la raccomandazione, per l'autorità da cui promana e per l'intento comunitario che persegue, integri, sul versante civilistico, quel canone di prudenza, diligenza e rispetto della controparte richiesto nei rapporti contrattuali (artt. 1176 e 2104 cod.civ.), e possa perciò fondare la pretesa di una parte contrattuale affinché la controparte sia immune da covid-19, in un rapporto di durata che possa esporre al contagio. Ci sembra in tale modo di ricondurre tutto ad un principio di responsabilità personale, che non contrasta con l'art. 32. Non qualsiasi pretesa della parte, pur relativa alla sicurezza, ma sicuramente quella che sia fondata su una base ordinamentale tanto solida.

7. Conclusioni: gli infermieri vaccinati non si infettano.

Conclude l'Inail: infermieri vaccinati e non vaccinati pari sono, ed hanno egualmente diritto alle prestazioni indennitarie.

Non è esattamente così. I lavoratori vaccinati non si infettano, non danno perciò luogo alle prestazioni previdenziali relative, e non gravano sul bilancio dell'Inail. I lavoratori non vaccinati sono gli unici che

³⁰ da ultimo 23 giugno 2020 n. 118; in precedenza sentenze 5/2018, 268/2017, 107/2012.

³¹ Sul dovere di solidarietà insiste, già nel titolo, anche RIVERSO cit..

possono infettarsi, usufruire delle prestazioni sociali, gravare sul bilancio dell'Inail e sugli oneri contributivi dei datori di lavoro (anche senza la oscillazione del tasso). L'effetto paradossale della decisione è di premiare esclusivamente i non vaccinati, come se rifiutare un vaccino raccomandato fosse un valore ed un merito.

Al contrario un non vaccinato, potenziale diffusore del virus, costituisce un rischio per l'ambiente lavorativo, un suo aggravamento, e questo volontario aggravamento, contro elementari criteri di prudenza, costituisce, come nell'infortunio in *itinere*, a nostro parere, un rischio elettivo.

Non è comparabile il fatto accidentale del lavoratore che va ad una festa, contrae il virus e lo porta inconsapevolmente in azienda: si tratta di un comportamento colposo che non esclude la tutela. Diverso è il rifiuto intenzionale della misura di prevenzione più raccomandata, sicura, affidabile e risolutiva, provocando così un rischio permanente nell'ambiente lavorativo, contro il quale è difficile difendersi.

È una scelta, perciò si chiama rischio elettivo.